

Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması¹

Münir EKONOMİ²

ABSTRACT

General job security precautions that put reservations on the termination of indefinite job contracts by the employer seem to be the primary concern when the job security or protecting of the worker against the job contract termination is under debate. Nonetheless, in the the formerly established job security takes place special provisions on job termination. In this regard, the paper deals with the matter of “protection of the women workers against the termination of job contracts in their pregnancy or having a baby”

I. Giriş

1. İş güvencesinde özel önlemler kapsamında bulunmaları

İş güvencesi veya işçinin feshe karşı korunmasından söz edildiğinde ilk düşünülen genellikle, belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından feshine sınırları getiren genel iş güvencesi (allgemeiner Kündigungsschutz), başka bir deyişle iş güvencesinde genel önlemlerdir. Oysa çalışma hayatında daha önce getirilen iş güvencesinde özel önlemler (özel iş güvencesi= besonderer Kündigungsschutz) dir. Gerçekten iş ilişkisi her zaman işçinin kişiliğine veya işyerine bağlı olayların etkisinde kalmakta ve bunlar iş sözleşmelerinin devamında sorunlar yaratmaktadırlar. Bu olaylar arasında hastalık, sakatlık, gebelik, doğum, iş kazası, askerlik, işçi (-sendika) temsilciliği, zorlayıcı sebep grev ve lokavt sayılabilir. Feshe karşı korumanın üçüncü ayırımını da toplu işçi çıkarmalar (Kündigungsschutz bei Massentlassungen) oluşturmaktadır³.

¹ Anneler günü dolayısıyla hazırladığım bu makaleyi tüm kadın işçilerimize ve doğumumdan üç yıl sonra 23 yaşında yaşama veda eden annem Rana Ekonomi'nin aziz anısına sunuyorum.

² Prof.Dr. İTÜ İşletme Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

³ Feshe Karşı Korunmanın (iş güvencesinin) üçlü ayırımı hakkında bkz. E. Stahlhacke/U. Preis/R. Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, 8. Aufl., München 2002, s. 327, 529 (yazarlar toplu işçi çıkarılmasını da özel feshe karşı koruma kapsamında görmektedirler); M. Löwisch/G. Spinner, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 9. Aufl. Heidelberg 2004, s. 18, 44, 359; W. Zöllner/K-G. Loritz/C.W. Hergenröder, Arbeitsrecht, 6. Aufl., München 2008, s. 276, 300, 302; G.v. Hoyningen-Huene/R. Linck,

İşçilerin, kişiliklerine veya işyerinden kaynaklanan olaylar karşısında özel önemler ile feshe karşı korunmaları, sanayileşmiş veya bu yolda ilerlemekte olan bütün ülkelerde alınan önemler ile gerçekleştirilmektedir. Hastalık, kaza, gebelik ve doğum halleri, işçinin işe devamsızlığına sebep olmakla beraber, iş sözleşmelerinin belirli süreler içinde varlıklarını korumaları amaçlanmakta, ancak bekleme sürelerinin geçmesinden sonra işverene iş sözleşmesini feshetmek yetkisi verilmektedir (İşK.m.25/I b)⁴. Bekleme süresinde iş sözleşmesinin askıda kalması yahut bu süre içinde feshin yasaklanması başlıca önlemler arasında yer almaktadır.

Muvazzaf askerlik, göreve başlanacak tarih belli olduğundan zorlayıcı bir sebep olarak kabul edilmemekle birlikte, özellikle muvazzaf askerlik dışında erkek işçilerin manevra veya diğer bir sebeple silah altına alınmaları, geçici işi ifa imkansızlığı yaratmakta, böyle bir durumda iş sözleşmesi belirli sürede askıda kalmakta ve varlığını korumakta, kanunda öngörülen sürenin tamamlanmasından sonra fesih söz konusu olabilmektedir (İşK.m.31).

Zorlayıcı sebepler ortaya çıkması halinde, geçici olarak tarafların borçlarını ifa imkansızlığı (örneğin depremde işyerinin tamamen yıkılması) halinde iş sözleşmesi sona ermemekte, belirli bir bekleme süresini takiben derhal fesih hakkı doğmakta; taraflar geçici imkansızlığın makul sürede kalkacağını dikkate alarak sözleşmeyi feshetmek yerine askıda kalma halinin sona erdiren iş ilişkisinin tekrar normal işleyişe geçmesine kadar beklemektedirler (İşK.m.24/III ve 25/III).

Kanuni bir grev ve lokavt halinde, sözleşmenin feshi yetkisine sınırlama getirilmesi ve belirtilen hallerde iş sözleşmesinin askıda kalacağını kabul edilmesi grev ve lokavtın amaçlarına en uygun çözümlerden biri olarak kabul edilmiştir (2822 sayılı K. m.42).

İşyeri sendika temsilcileri, üstlendikleri görevlerin bir gereği olarak feshe karşı, ayrıca iş ve işyeri değişikliklerine karşı da özel olarak korunmaktadırlar (2821 sayılı K.m.30). İşyeri sendika temsilcilerinin feshe karşı korunmaları için “temsilci” sıfatlarının bulunması ve belirsiz süreli bir iş sözleşmesine göre çalışma yeterli olup, ayrıca genel iş güvencesinden yararlanabilmek için işyerinde otuz ve daha fazla işçinin çalışması ve altı aylık kıdeminin bulunması şartları aranmaz⁵. Diğer yandan

Kündigungsschutzgesetz, 14. Aufl., München 2007, s. 44, 45, 659; F. Marhold/M. Friedrich, Österreichisches Arbeitsrecht, Wien 2006, s. 267, 286; M. Ekonomi, İşçi Çıkarma Yasağının Kalkması ve Beklentiler, Sendikal Meseleler, İstanbul 1986, s. 106 vd.; aynı yazar, İş Güvencesi Kanun Taslağının İçeriği ve Sanayileşmiş Ülkelerle Mukayesesi, Ankara 1992, s. 39 vd.

⁴ Gazetecinin hastalık hali BasİşK.m.12; Kadın gazetecinin gebelik hali BasİşK.m.16/7.

⁵ Yargıtay 2006 tarihli bir kararında temsilcinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için işyerinde 30 işçi bulunması şartının aranmayacağını bildirmiş (Yarg. 9.HD, 29.01.2007, E.2006/29928, K.2007/1032, LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi 2007, Sayı 15, s. 1054-1055), daha sonra verdiği bir kararda ise isabetli olarak temsilci yönünden “işyerinde çalışan işçi sayısına ve en az altı aylık kıdeminin varlığına bakılmaz” görüşüne yer vermiştir (Yarg.9.HD, 21.07.2008/25552, K.2008/20932, Kar. s. 47 dipnot (30). D.

temsilcinin özel durumu dolayısıyla iş güvencesi tazminatının miktarı da genel iş güvencesi tazminatından daha yüksek tutulmuş ve ödenecek tazminat en az bir yıllık ücreti tutarında belirlenmiştir.

4857 sayılı İş Kanununda işçinin gözüaltına alınması yada tutuklanması halinde, işe devamsızlığının derhal fesih için haklı sebep olabilmesi için İşK.m.17'de öngörülen bildirim süreleri kadar sürmesi şartına bağlanmış, askıda kalan iş sözleşmesinin belirtilen sürenin sonunda işverence haklı sebebe dayalı olarak feshedebileceği öngörülmüştür (İşK.m.25/IV).

Özel iş güvencesinin, genel iş güvencesinden önemli bir farklılığı, iş sözleşmelerinin türlerinde ortaya çıkmaktadır. Genel iş güvencesinden sadece belirsiz süreli iş sözleşmesine göre istihdam edilen işçiler yararlandıkları halde⁶, işyeri sendika temsilcileri dışında kalan özel iş güvencesine ilişkin önlemlerin alındığı korumadan hem belirli ve hem belirsiz süreli iş sözleşmelerine göre çalıştırılan işçiler yararlanırlar. Belirli süreli iş sözleşmesine göre iş ilişkisi kuran ve temsilci seçilenlerin 2821 sayılı kanun madde 30'da yer alan güvenceden yararlanmaları söz konusu olamayacaktır. Bu durum, belirli süreli iş sözleşmesine göre çalışan temsilcilerini, görevlerini, işlerini kaybetme endişesi ile gerektiği gibi yerine getirememe ile karşı karşıya bırakılabilecektir.

Ekleyelim ki özel iş güvencesi önlemleri belirli iş sözleşmelerine göre çalışanlar için de geçerli olmakla beraber, iş ilişkisine tanınan süreklilik, sözleşmede belirlenen süre ile sınırlıdır; belirsiz süreli sözleşmelerde olduğu kadar geniş bir yararlanma sözkonusu olmaz. Gebelik ile ilgili bir örnek verelim: Bir yıllık belirli süreli iş sözleşmesine göre çalışmaya başlayan kadın işçi, işe başladıktan dokuz ay sonra gebe kalıyor ve onbirinci ayda gebelikten kaynaklanan bir nedenle işe devamı geçici olarak imkansız hale geliyor. İşverenin kadın işçinin işe devamsızlık nedeniyle

Ulucan, İş Güvencesi, İstanbul 2003, s. 93; A. Güzel, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İstanbul 2004, s. 134-135; M. Ekonomi, Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi Semineri, TÜSİAD İş Kanunu Toplantı Dizisi I, İstanbul 2005, s. 33; S. Süzek, İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2008, s. 594-595; O.G. Çankaya/C.İ. Günay/S. Göktaş, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005, s. 157; B. Kar, İş Güvencesi ve Uygulaması, Ankara 2009, s. 47; aksi görüş S. Taşkent, İş Güvencesi ve Yeni Yasal Düzenleme, Ankara 2002, s. 65; C. Tuncay, İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor, Çimento İşveren D., Uçak 2003, s. 16; P. Soyer, Feshe Karşı Korunmanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, İstanbul 2005, s. 67, 68; M. Sur, Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtayın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, Ankara 2009, s. 228.

⁶ Belirli süreli iş sözleşmesi, objektif (esasl) bir nedene dayalı olmaksızın bir defa veya birden fazla (zincirleme) yapıldığında belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüştüğünde, işçi genel iş güvencesinden yararlanacaktır.

iş sözleşmesini derhal feshedebilmesi için, devamsızlığın bildirim süresi (4 hafta)⁷ + 6 haftalık süreyi aşması gerekir. Oysa iş sözleşmesi belirtilen 10 haftalık süre geçmeden gebelikten kaynaklanan hastalığın başladığı 11. aydan bir ay sonra (bir yıllık sözleşme süresi tamamlanmış olmaktadır) bir yıllık sürenin geçmesiyle sona erecektir. İnceleme konumuz gebelik ve doğum hallerinde kadın işçinin özel şekilde feshe karşı korumaya ilişkin konulara geçmeden önce, ülkemizde belirtilen konudaki koruyucu mevzuatın geçirdiği gelişmeyi tarihe sıraya göre görelim.

2. Gebelik ve analık haline ilişkin düzenleyici hükümlerin gelişmesi

a) Ülkemizde işçinin özel hallere ilişkin iş güvencesi hakkında ilk düzenleme, liberal ve özgürlükçü temel düşünceye dayanan Borçlar Kanunu ile getirilmiştir. Borçlar Kanuna tabi iş ilişkilerine günümüzde dahi uygulanan düzenleme BK.m.344/2'de yer almaktadır. Muhik (haklı) sebeple derhal fesih hakkının düzenlendiği madde hükmünde, işçi ve işverenin iş sözleşmesi muhik sebeplere dayanarak önceden bildirme şartına uymaya gerek olmaksızın derhal feshedebileceklerini açıkladıktan sonra, işçinin kısa süreli hastalığı veya askerlik yükümlülüğünün ifasının “muhik bir sebep olarak” kabul edilemeyeceği bildirilmektedir (BK.m.334/2). Derhal fesih için muhik sebep oluşturmayan kısa süreli hastalık ve askerlik halinde, bildirim sürelerine uyularak da fesih yapıldığında bildirim sürelerinin işlemeceği düşünülürken, burada kısa süre için de olsa iş sözleşmesinin askıda kaldığı anlamı taşıdığına bir kuşku olmamak gerekir.

Kadın işçilerin, doğum haline ilişkin çalıştırma yasağı ve iş sözleşmesinin askıda kalması sonucu işverenin fesih hakkının sınırlandırılmasına ilişkin ilk sınırlamalar ise, Umumi Hıfzısıhha Kanunu ile kabul edilmiştir. Bu Kanunun 155. maddesine göre, kadın işçinin kendisinin ve doğacak çocuğunun sağlığına zarar vermeyeceği doktor raporu ile belirlenmedikçe, kadın işçilerin doğumdan önce üç hafta ve doğumdan sonra üç hafta içinde “fabrika, imalathane ve umumi ve hususi müesseselerde çalışması ve çalıştırılması yasaktır”. Çalışma yasağının bulunduğu doğumdan önceki ve sonraki üçer haftalık sürede iş sözleşmesi askıda kalmakta, haklı bir sebep oluşturmayan sürede, iş görme borcunu ifa etmeme sebebine dayalı olarak iş sözleşmesi feshedilemeyeceği gibi, önceden bildirilmek suretiyle (bildirimli-süreli fesih) yoluna gidildiğinde bildirim süresinin işlemeceği de hükme bağlanmış bulunmaktaydı. Ekleyelim ki, aşağıda görüleceği üzere, daha sonra İş Kanunu ile gebe ve doğum yapan işçiler yönünden daha çok yararlarına olan düzenlemeler getirilmiştir. Bununla beraber İş Kanunu kapsamı dışında kalan

⁷ İşK.m.24 ve 25'de belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmelerinin derhal feshine ilişkin haklı sebepler düzenlenmiş olduğu için, belirli süreli iş sözleşmelerinde bildirim sürelerinin uygulanması söz konusu olmamakla beraber, İşK.m.25/1 b uyarınca işveren yönünden fesih hakkının doğumu için öngörülen bekleme süresinin belirlenmesinde, sözleşme belirsiz süreli sözleşmelerde olduğu gibi bildirim sürelerine ilişkin bir zaman dilimi de dikkate alınacaktır.

(İşK.m.4) ve sözü edilen 155 madde kapsamına giren işlerde çalışan kadın işçilerin doğum halinde bu maddede öngörülen özel iş güvencesi hükümlerinin uygulanması devam etmektedir.

b) Cumhuriyet döneminin ilk İş Kanunu olan 1936 tarihli ve 3008 sayılı kanunda gebelik ve doğum haline ilişkin feshe karşı korunma, Umumi Hıfzısıhha Kanununa benzer şekilde, ancak kadın işçi lehine sözleşmenin askıda kalma süreleri artırılacak şekilde düzenlenmişti. 3008 sayılı Kanun m.25/1'e göre: "Kadın işçilerden gebe olanların, doktor muayenesi neticesinde, doğumun vuku bulması muhtemel görülür tarihten üç hafta evvel ve doğumdan sonra üç hafta müddetle çalıştırılmaları yasaktır. Gerek doğumdan önce ve gerek sonraki mecburi izin müddetleri sıhhi lüzum halinde altışar haftadan cem'an on iki haftaya kadar uzatılabilir". 3008 sayılı kanunda çalıştırılmanın yasak olduğu sürede iş sözleşmesinin feshin yasaklanmış olduğu ve aksi halde feshin geçersiz sayılacağı değil, belirtilen sürede iş sözleşmesinin süreli feshi halinde bildirim sürelerinin işlemeyeceği, başka bir deyişle iş sözleşmesinin askıda kalmış olduğu da hükme bağlanmıştı: "Bu kanunda derpiş olunan herhangi bir sebebe müsteniden işveren tarafından iş akdinin feshine dair işçiye vaki olacak ihbarlara ait mühletler, ... gebe kadınlar hakkında ise doğumdan önce sonraki kanuni izin müddetlerinin biteceği gündenden itibaren işlemeye başlar" (3008 sayılı K.m.26). O dönemde Saymen, isabetli olarak, iş sözleşmelerine veya iç yönetmeliklere "gebe ve emzikli yahut çocuklu kadınlarla yapılmış olan akitlerin fesholunacağı yolunda konulan hükümlerin "geçersiz sayılacağını belirtmiştir⁸ki, bu görüşün daha sonraki iş kanunları ve 4857 sayılı İş Kanunu (İşK) döneminde de uygulanacağı konusunda da bir kuşku olamaz.

c) 1967 tarihli ve 931 sayılı İş Kanununda, gebelik ve doğum hallerine ilişkin kadın işçinin feshe karşı korunmasında iki yönden işçi yararına değişiklik getirilmiştir. İlk olarak, analık halinde öngörülen çalıştırma yasağının süresi uzatılmıştır. Kadın işçilerin doğumdan önce altı ve doğumdan sonra altı hafta olmak üzere 12 haftalık sürede çalıştırılmaları yasaklanmıştır (931 sayılı K.m.70/1). Yine 70. maddenin 2. fıkrasında kadın işçinin sağlık durumuna ve işin özelliğine göre belirtilen sürelerin doktor raporu ile artırılabileceği hükme bağlanmış ve arttırılacak süre yönünden belirli bir üst sınır konulmamıştır. İkinci olarak, 931 sayılı Kanunda analık haliyle birlikte ve doğumdan önceki altı haftalık süreden bağımsız olarak gebelik dolayısıyla işine devam edemeyen kadın işçinin sözleşmesinin derhal fesih için doğum haliyle birlikte ve aynı süre sözleşmenin askıda kalacağı öngörülmüştü. Buna göre "işçinin kusuruna yükletilmeyen hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için hizmet akdini bildirimsiz fesih hakkı: Hastalık işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 13 üncü maddedeki bildirim önellerini altı hafta aşmasından sonra doğar. Doğum ve gebelik hallerinde bu süre 70 inci maddedeki sürenin bitiminde başlar ..." (931 sayılı K.m.17/I).

⁸ F. H. Saymen, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s. 319.

d) 931 sayılı İş Kanununun Anayasa Mahkemesinin 12.5.1970 tarihli kararı ile şekil yönünden tüm olarak iptal edilmesinden sonra 25.8.1971 tarihli ve 1475 sayılı İş Kanunu çıkarılmıştır. Analık halindeki çalışma yasağı, 981 sayılı İş Kanunda olduğu gibi yine 70. maddede aynı içerikte düzenlenmiş, 1475 sayılı kanunda ayrıca yeni bir hükme yer verilmiştir. Bu hükme göre “isteği halinde kadın işçiye, doğumdan sonraki 6 haftadan sonra 6 aya kadar ücretsiz izin verilir. Bu süre, ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınmaz”. Getirilen bu hükmün feshe karşı koruma nitelikli olup olmadığı, izin sözcüğünün hukuki anlamına bağlıdır. Fıkırada “izin”den söz edilmekle beraber, iznin gerçek anlamının “iş sözleşmesinin askıda kalması” olduğu kabul edilirse, iş güvencesi amacını hedeflediği, aksi halde işçiye verilen bir “izin” ise, sadece onu iş görme borcundan kurtardığı, bu nedenle kadın işçinin izinli olduğu sürede belirsiz süreli iş sözleşmesinin süreli feshedildiğinde bildirim sürelerinin işleyebileceği sonucuna varılacaktır. Belirtilen hüküm, 4857 sayılı İş Kanununa da alındığı için aşağıda incelenecektir.

Hemen ekleyelim ki, aşağıda görüleceği üzere 22.5.2003 tarihli 4857 sayılı İş Kanununda gebelik ve doğum hallerinde iş sözleşmesinin feshine karşı koruma, önceki iş kanunlarında olduğu üzere haklı sebeple derhal fesih (İşK.m.25/I) haliyle sınırlı kalmamış, geçerli sebeple fesih (İşK.m.18/3) ile ilgili olarak da düzenleme getirilmiştir. Ayrıca 4857 sayılı Kanunun 5. maddesine göre iş ilişkisinin sona ermesinde gebelik ve doğum (analık) haline dayalı bir ayırım yapılmasına imkan verilemeyeceği de açıktır. İncelememiz ağırlığını teşkil edecek 4857 sayılı kanun hükümleri, kolektif iş ilişkileri ile ilgili olduğu ölçüde, gebelik ve doğum halinde sendikal hakların kullanılması engellenemeyeceği için, belirtilen hallerin karşılıklı etkileşimi üzerinde de durulacaktır. Diğer yandan, gebelik ve doğum hallerine ilişkin iş güvencesini amaçlayan kurallara toplu iş sözleşmelerinde de yer verilmesi mümkün olmakla beraber, ülkemizdeki toplu iş sözleşmelerine bu hususta hükümlerin pek konulmadığı söylemek hatalı olmayacaktır.

II. İş Sözleşmesinin Yapılması Sırasında Gebelik veya Doğum Yapmış Olmanın İş Güvencesi Yönünden Etkileri

1. Gebelik

İş Kanununda iş ilişkisinin kurulmasında “cinsiyet veya gebelik” nedeniyle farklı bir işlem yapılamayacağına açıkça hükme bağlanmıştır. İşK.m.5/3'e göre, “işveren, biyolojik ve işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.” Bu hükümle belirlendiği üzere, işveren iş sözleşmesinin yapılmasında işe alınmak üzere başvuran bir kadın aday hakkında salt gebe olduğu için ayırım

yapamaz⁹. Başvuruların hepsinin kadın olması halinde de gebelik dolayısıyla bir ayırım yapılmasına imkan bulunmamaktadır¹⁰.

İşe alınmada gebelik dolayısıyla ayırım yasağı şu konuyu beraberinde getirmektedir: İşveren kadın adayı işe alırken, ona gebe olup olmadığını sorabilir mi? Bunun yanıtı olumsuzdur. Belirtilen soru, işverenin soru sorma hakkının kapsamına girmez, böyle bir sorunun geçerliliği söz konusu olamaz¹¹. Adayların tümü kadın olsa dahi durumda bir değişiklik olmaz¹². Kadın aday, gebe olup olmadığı sorusuna karşı cevap vermekle yükümlü değildir. Bu açıdan kadın adayın belirtilen şekilde bir soruya cevap vermemesi, İşK.m.25/II (a) hükmünü (yanıltma) bir ayırıcılık oluşturmaz¹³. Ancak yine İşK.m.5/3'de öngörüldüğü üzere, "biyolojik veya işin özelliğine ilişkin sebepler zorunlu" kıldığında, işverenin iş ilişkisi kurmaması cinsiyet veya gebelik ayırımı olarak kabul edilemez. Bu nedenle, kadın aday iş sözleşmesine göre üstleneceği işi gebeliği sebebiyle yerine getiremeyecek durumda ise, örneğin adayın istihdam edileceği İş, Gebe Veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları Ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik (Gebe Kadınlar Yönetmeliği) hükümlerine göre, gebelerin çalıştırılması yasak işlerden¹⁴ ise, işverence soru sorulması dahi, işçi işverene, kendiliğinden gebelik durumunu açıklamak zorundadır¹⁵. İşçinin gebeliğini açıklamak zorunluluğu bulunmakla beraber, öncelikle işçinin üstleneceği işin türü belirlenirken işveren, emek ihtiyacı duyduğu işin özellikleri ve buna göre işçinin sahip olması gereken nitelikleri hakkında adayı bilgilendirmesi, İşk.m.8/3 ve iyiniyet kurallarının bir gereğidir. İşveren, sözü edilen bilgilendirmeyi yaptığı, sözgelimi kadın adayın üstleneceği işin gebe kadınlar için yasaklanmış olduğunu açıkladığı halde, aday işverene gebeliğini bildirmese yahut işverenin sorusuna cevap vermezse, bu durumda emredici hükümlere aykırı olarak meydana getirilen ve tarafların borçlarını ifa ederek yürürlüğe koydukları iş sözleşmesi geçersizdir. Ancak geçersizliğin

⁹ K. Doğan Yenisey, İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, Çalışma ve Toplum 2006, Sayı 11, s. 67-68; Süzek, s. 403, bkz. ve karşı. D. Ulucan, Eyrenci/Taşkent/Ulucan, Bireysel İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2006, s. 145.

¹⁰ W. Hromadka/F. Maschmann, Arbeitsrecht, Band 1, 3. Aufl., s. 128.

¹¹ Ö. Eyrenci, İşe Girişte Personel Seçimi ile İlgili Hukuki Sorunlar, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991, s. 225; Hromadka/Maschmann, s. 128; Zöllner/Loritz/Hergenröder, s. 127; yazarlar AB Adalet Divanının görüşünün de bu yolda olduğunu belirtmektedirler.

¹² Bkz. dipnot (10).

¹³ Eyrenci, s. 225.

¹⁴ Gebe Kadınlar Yönetmeliği'nin 6. Maddesi gereğince örneğin, "gebe işçinin ani darbelere, sarsıntıya, uzun süreli titreşime maruz kalacağı işlerde ve iş makinelerinde, delicilerde çalıştırılmaları yasaktır".

¹⁵ Eyrenci, s. 225; Zöllner/Loritz/Hergenröder, s. 125; ayrıca bkz. K. Doğan Yenisey, Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi, LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi 2005, Sayı 7, s. 999.

başlangıçtan itibaren değil, ileri sürüldüğü tarihten itibaren hüküm doğurur ve sözleşmeyi sona erdirir¹⁶. Geçersiz olan iş sözleşmesinde, işçinin feshe karşı korunma hükümlerinden yararlanması hukuken mümkün değildir. Gerçekten iş sözleşmesinin genel olarak feshi yahut geçerli ya da haklı sebeple feshedilmesi için geçerli olarak kurulmuş ve yürürlükte bulunması gerektiğinden; kanun ve yönetmeliğin emredici kurallarına aykırılıktan dolayı geçersiz olan bir sözleşmesinin fesih yolu ile sona erdirilmesi düşünülemez, ancak geçersizliği ileri sürülerek sözleşmenin sonlandırılmasına gidilebilir.

Esasen işveren ve işçi geçersiz bir sözleşmeyi ifa etmek zorunda değildir. Böyle bir sözleşmenin ifa edilmesi, kanuna aykırılık oluşturduğu için, cezai hükümlerin uygulanmasını gerektirebilir (İşK.m.88, 105)¹⁷. Hukuk düzenine ve bu kapsamda işçinin korunmasını amaçlayan emredici hükümlere aykırı işlem ve eylemleri önlemek için bu tür sözleşmelerin geçersizliği asıldır¹⁸. Buna rağmen taraflar sözleşmeden doğan borçlarını ifa etmişlerse, o takdirde, yukarıda da değinildiği üzere, işçi-işveren ilişkilerinin özelliği gereği, belirli istisnalar dışında¹⁹ iş sözleşmesinin geçersizliği başlangıçtan itibaren değil, ileriye yönelik olarak sözleşmeyi sona erdirir. Ekleyelim ki, işveren tarafından sözleşmenin yapılması aşamasında gerekli bilgi verilmeyerek kusurlu (culpa in contrahendo) davranılması sonucu, kadın işçiye bir tazminat ödenmesi söz konusu olabilecektir.

Diğer bir hal gebe kadın adayın istihdam edilmek üzere başvurduğu işin niteliği gebelik ile bağdaşmıyorsa, örneğin mankenlik, sahne sanatçılığı, spor öğretmenliği gibi, yine kadın aday işverene, soru sormasa dahi gebeliğini kendiliğinden açıklamak zorundadır²⁰. Bu halde, kadın adayın, üstleneceği işin niteliğinin gebelik ile bağdaşmayacağı bilgisinin daha belirgin, hatta olayın özelliğine göre daha kesin olacağı gözden kaçırılmamalıdır. Bu nedenle işverenin kadın adayı bilgilendirme yükümlülüğü, yukarıda açıklanan gebe kadının çalıştırılması yasak işlere göre çok daha dardır. Verilen örneklerde görüldüğü üzere mankenlik, sahne sanatçısı ya da spor öğretmenliği işlerinin gebelik ile bağdaşmayacağı açıktır; adayın işverenin gerekli bilgiyi vermediğini ileri sürmesi iyiniyet kuralları yönünden güçtür. Bu arada gebelik giysilerinin tanıtımı ya da gebe olan bir kadın rolü için işçi alımı söz konusu olduğunda, işverenin işin yürütümüne ilişkin bilgileri vermesi

¹⁶ Yarg. İBK, 18.6.1958, E.20, K.9 (Resmi Gazete 30.9.1958, 10020); Yar. 9.HD, 9.4.1970, E.1555, K.3438, M. Çenberci, İş Kanunu Şerhi, 5. Bası, Ankara 1984, s. 64, dipnot (68); 28.6.2006, E.2005/39175, K.2006/19031, LEGAL 2007, Sayı 13, s. 354; Ekonomi, s. 160 vd.; Süzek, s. 287 vd.; Çelik, s. 125; Çenberci, s. 62 vd.

¹⁷ K. Tunçomağ/T. Centel, İş Hukukunun Esasları, 4. Bası, İstanbul 2005, s. 87.

¹⁸ A. Nikisch, Arbeitsrecht, I. Band, 3. Aufl., Tübingen 1961, s. 214-215.

¹⁹ Bkz. Ekonomi, s. 161-162; Süzek, s. 288; Tunçomağ/Centel, s. 88; Nikisch, s. 215-216; A. Hueck/H.C. Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, I. Band, 7. Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1963, s. 192; Hromadka/Maschmann, s. 160.

²⁰ Bkz. dipnot (15).

zorunludur; örneğin mankenliğin ülke içinde veya dışında sık yolculuk gerekip gerektirmeyeceği ya da sahne sanatçısıyla turnelere çıkılıp çıkılmayacağı hakkında bilgi verilmesi gereklidir. Kısaca tekrar vurgulayalım ki işe alınacak kadın aday, üstleneceği işin niteliği, gebelik ile bağdaşmadığı halde, aday işverene, gebeliğini açıklamak zorundadır. Böyle bir olayda, adayın gereken açıklamayı yapmaması, üstlenilen işte çalıştırılması yasaklayan bir kural bulunmadıkça, iş sözleşmesinin geçersizliği sonucu doğurmaz; ancak işverene fesih hakkını verir. Gerçekten işin niteliği gebelik ile bağdaşmadığı ve işverence gerektiği halde ve ölçüde bilgilendirildiği halde, kadın aday işverene gebe olduğunu açıklamazsa, bu durum İşK.m.25/II (a) anlamında bir yanıltma sayılır ve işveren iş sözleşmesini haklı sebeple derhal feshedebilir. Böyle bir durumda işçinin İşK.m.18 (d) 'de belirtilen ve gebeliğin geçerli sebep sayılmayacağı hükmüne dayanması mümkün değildir. Ancak kadın işçi İşK.m.25/son fıkra hükmünden yararlanabilir ve işveren yapılan feshin yanıltma sebebine uygun olmadığı iddiası ile 18, 20 ve 21. madde hükümlerine göre iş güvencesi davası açabilir. Bu halde aday kadın, sınırlı olarak işverenin sözleşmenin meydana getirilişi sırasında gerekli bulunan bilginin verilmemesine dayalı işveren kusurundan dolayı (culpa in contrahendo) tazminat talep edebilecektir.

2. Yeni doğum yapmış olmak

İşe alınmada kadın aday yeni doğum yapmış ve emziren bir kimse olduğunda, durum genel olarak, yukarıda açıklanan gebe kadın adaylardan farklı olmamak gerekir. Yeni doğum yapan kadın aday, başvuru tarihinde işsiz olsa dahi, İşK.m.74/1 gereğince doğumdan sonraki sekiz haftalık süre içinde çalıştırılması yasak olduğundan yeni doğum yaptığı konusunda işverene bilgi vermesi gereklidir. Bu bilgiye rağmen işveren, kadın adayın niteliklerini, çalıştırmak istediği işçi yönünden uygun ve gerekli görmekte ise, çalıştırma yasağı süresinin sonunda fiilen işe başlaması kaydıyla iş sözleşmesi akdedebilir. Bu durumda önemli bir konu, işe alınacak kadın adayın, yeni doğumdan dolayı çalışma yasağının bittiği tarihten sonra İşK.m.74/5'e dayalı altı aylık iznini kullanıp kullanmayacağıdır. İşverenin, çalışma yasağı için tanıdığı iş görmeme imkanı sınırının zorlanması, onun işgücünü fiilen kullanabilme yönünden ihtiyacının ve bu husustaki menfaatinin göz önünde tutulması gerekir. Bu nedenle işveren iş sözleşmesinin kurulması sırasında doğum nedeniyle sürecek çalışma yasağını takiben altı aylık izin hakkını kullanıp kullanamayacağını kadın adaya sorabilir ve aldığı bilgiye göre iş sözleşmesini kurabilir. Aday işçi sözleşmenin kurulması kararında işveren yönünden önemli olan altı aylık izni kullanmayacağını bildirdiği halde, doğuma dayalı çalışma yasağının bitiminden sonra işe başladığında sözü edilen izni kullanmak talebinde bulunduğu işveren, işçinin o tarihe kadar iş görme borcunu yerine getirmeden devam eden iş sözleşmesini İşK.m.25/II (a) dayalı olarak derhal feshedebilir.

III. Çalışan Kadın İşçinin Gebelik ve Doğum Halinin İş Güvencesi Yönünden Etkileri

1. Gebelik halinin işverene bildirilmesi

İş sözleşmesi devam ederken gebe kalan kadın işçi, bu durumu işverene bildirmekle yükümlüdür. Gebe Kadınlar Yönetmeliği'nin 7. maddesine göre “işçi gebelik ve emzirmeye başlama halinde işvereni bilgilendirir”. Kadın işçinin, kendi ve doğacak çocuğunun sağlığı yönünden alınacak “koruyucu ve önleyici önlemlerin” değerlendirilmesinin yapılması, işverenin yönetmelikte ayrıntıları düzenlenen yükümlülüklerinin yerine getirebilmesi için, bildirim zamanında yapılması şarttır. Aksi halde, gebeliğe bağlı hastalık ve diğer zarar verici sonuçlardan işverene yükümlülüklerini yerine getirmediğine ilişkin bir kusur yüklenmez.

Gebeliğin bildirilmesi üzerine işverence alınacak koruyucu ve önlemlerin belirlenmesi amacıyla yapılacak değerlendirmeden sonra öneller kararlaştırılırken gebe ve yeni doğum yapmış ve emziren kadın işçinin “işini kaybetme korkusu”, başka bir deyişle belirtilen hallerin iş ilişkisinin sürekliliğini bozucu faktörlerden uzak kalmasını sağlayacak önlemler de göz önünde tutulacaktır. Yönetmeliğin madde 7/2 b fıkrasına göre alınacak önlemlerin kararlaştırılmasında: “İşveren, işten kaynaklanan vardiyalı çalışma, işini kaybetme korkusu, iş yükü ve benzeri stres faktörlerini ve kişisel olarak işçiyi etkileyen psikososyal ve tıbbi faktörleri de dikkate almak zorundadır.

İşyerindeki gebe, yeni doğum yapmış ve emziren işçi, yapılan değerlendirmenin sonuçları ve işte güvenlik ve sağlık amacıyla alınması gereken önlemler hakkında bilgilendirilir”.

2. İş güvencesi uygulama alanı dışında kalan kadın işçiler

a) Fesih hakkının kötüye kullanılması ve ayırım yasağı

İş sözleşmesine dayalı olarak çalışan kadın işçinin gebeliği, doğum yapması ve çocuğunu emzirmesi, İş Kanunu m.18/1 uyarınca iş güvencesi uygulanma dışında kalması sonucu tamamen güvenceden yoksun anlamı taşımaz. İşveren sırf belirtilen nedenlerden dolayı kadın işçinin iş sözleşmesini feshettiğinde, fesih hakkının kötüye kullanılmasını oluşturan böyle bir halde işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında bir tazminat ödemekle yükümlüdür (İşK.m.17/6).

Yargıtay, aşağıda (2b) ayrıca inceleyeceğimiz 17.9.2007 tarihli kararına konu olan olayda kadın işçi, işe başladığı tarihten yaklaşık beş ay sonra “doğum iznine” ayrılmış ve işyerine döndüğü gün iki haftalık ücreti tutarında ihbar tazminatı ödenmek suretiyle iş sözleşmesi feshedilmiştir. Kadın işçi, doğum izin süresinin çalışma süresine eklenerek hesaplanacak bildirim süresine göre itibar tazminatı farkından başka feshin gebelik ve doğum nedeniyle yapıldığını ileri sürerek kötüniyet tazminatı da talep etmiştir. Bildirim süreleri ile ilgili istek aşağıda

incelenecektir; burada Yargıtayın kötüniet tazminatı ile ilgili isabetli görüşünü nakledelim. Karara göre:

“Davacı işçi, iş sözleşmesinin hamile olduğu ve ardından doğum yaptığı için feshedildiğini ileri sürerek kötüniet tazminatı da talep etmiştir. Mahkemece kötünietin kanıtlanmadığı gerekçesi ile isteğin reddine karar verilmiş ise de, dinlenen tanıklar, davacının hamileliği nedeni ile istifasının istendiğini, davacının istifa etmediğini, doğumdan sonra da iş sözleşmesinin feshedildiğini açık bir şekilde belirtmişlerdir. Her ne kadar iş güvencesi kapsamında bulunmayan işçinin iş sözleşmesinin bildirimli feshinde herhangi bir neden gösterme zorunluluğu bulunmamakta ise de, somut olayda davacının kötüniet iddiası ve tanıkların belirtilen anlatımları karşısında işverence makul ve meşru bir nedene dayanıldığı da iddia ve ispat edilmemiştir. Buna göre davacının kötüniet tazminatı isteği de kabul edilmelidir. Yazılı gerekçe ile reddi ayrı bir bozma nedenidir”²¹.

Diğer yandan işveren kadın işçinin gebeliği veya doğum yapması sebebiyle iş sözleşmesini feshederken, cinsiyet ve gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı ayırım yapmakta ise, bu takdirde İşK.m.5/6 uyarınca dört aya kadar ücret tutarında tazminat talebine de hak kazanır.

İş güvencesinin uygulama alanı dışında kalan kadın işçi, gerek fesih hakkının kötüye kullanıldığı ve gerek gebelik veya doğum sebebiyle farklı işlem yapıldığının ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, kadın işçi gebelik veya doğum nedeniyle işleme tabi tutulduğunu güçlü biçimde ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olacaktır (İşK.5/7).

b) Doğumda çalışılmayan sürenin bildirim süresinin belirlenmesinde dikkate alınması

Yargıtay yukarıda değindiğimiz 17.9.2007 tarihli kararında, “davacı işçinin 23.7.2004 tarihinde dava konusu işyerinde işe başladığı, 10.12.2004-21.3.2005 tarihleri arasında doğum iznine ayrıldığı, iş sözleşmesinin 22.3.2009 tarihinde 2 haftalık ücret tutarında ihbar tazminatı ödenmek suretiyle davalı işveren tarafından sona erdirildiği”, işçinin ise “hizmet süresine göre 4 haftalık ücret tutarında ihbar tazminatı ödenmesi gerektiğini ileri sürerek fark ihbar tazminatı istediği” uyuşmazlık konularından biri olarak açıklanmaktadır.

Hemen belirtelim ki, doğum dolayısıyla kadın işçinin çalıştırılmadığı sürenin, bildirim süresinde esas alınacak hizmet süresinde dikkate alınıp alınmayacağı, kadın işçinin iş güvencesi uygulanma alanına girip girmemesi yönünden bir farklılık yaratmaz; her iki hali için kural aynıdır. Önemli bir konu, doğum izninde geçen sürenin, sadece bildirim süresinde değil, kıdem tazminatına esas alınacak sürede de hesaba katılmasıdır²².

²¹ Yarg. 9.HD, 17.9.2007, E.2007/29103, K.2007/26743, Kar, s. 252-253.

²² Ekonomi, s. 238 vd.; Süzek, s. 694; Çelik, s. 297; T. Centel, İş Hukuku, C.I, 2. Bası, İstanbul 1994, s. 210; Ü. Narmanlıoğlu, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 3. Bası, İzmir 1998,

Yüksek mahkeme, İşK.m.74'e göre doğum halinde kadın işçinin çalıştırılmasının yasak olduğu sürenin bildirim süresinin belirlenmesinde dikkate alınması gerektiği görüşünü, önce, bu görüşe olumsuz (negatif) dayanak olarak gösterilebilecek İşK. 66. madde hükümlerinin, incelenen konu ile bir ilişki bulunmadığını belirterek başlamaktadır. Bu tespiti isabetlidir, zira İşK.m.66 hükümleri işçinin günlük çalışma süresinden sayılan haller ile sınırlı olarak getirilen bir düzenlemedir. “Bu nedenle anılan maddenin dava konusu uyumsuzluk yönünden uygulanma yeri bulunmamaktadır”²³.

Yüksek mahkemece dayanılan diğer bir gerekçe, İşK.m.25/I a uyarınca işverenin gebelik ve doğum sebebiyle işe devamsızlıkta fesih hakkının doğumunda İşK.m.74'de belirlenen işe devamsızlık süresinin dikkate alınacağına öngörülmesi, sadece derhal fesih hakkına ilişkin olarak yorumlanamaz. Kararda belirtildiği üzere “bildirimsiz fesih hakkının kullanılmasında göz önünde bulundurulmuş bu sürenin bildirimli fesihle dikkate alınmaması çelişki oluşturur”²⁴. Bu görüşe yüksek mahkeme, başka bir dayanak olarak İşK.m.55/b'ni göstermektedir. Sözü edilen madde hükmünde “kadın işçilerin 74. madde gereğince doğumdan önce ve sonra çalıştırılmadıkları günlerin yıllık ücretli izin hakkının hesabında çalışılmış sayılacağı düzenlenmiştir”. Yargıtay, belirtilen hukuki dayanaklarından sonra vardığı sonucu şöyle açıklamaktadır: “Belirtilen maddi ve hukuki olgulara göre davacının doğum nedeniyle kullandığı izin süresinin ihbar tazminatına esas hizmet süresinin hesaplanmasında dikkate alınması gerektiğinden, 4 haftalık önele göre fark ihbar tazminatı isteğinin hüküm altına alınması gerekirken yazılı gerekçe ile reddi hatalıdır”²⁵.

Yüksek mahkemenin vardığı sonuç, tamamen isabetlidir. Ancak dayanılan gerekçeler yönünden İşK'nun diğer maddeleri doğrulayıcı bir anlam taşımakla beraber, aynı sonucun doğrudan bildirim sürelerinin belirlenmesinde esas alınması gereken madde hükümlerinden çıkarılabileceği görüşündeyiz. 3008 sayılı İşK'dan başlayarak 931 sayılı ve 1475 sayılı Kanun dönemlerinde kıdem tazminatı hesabında dikkate alınacak süre yönünden görüş ayrılıkları çıkmış olmakla beraber, bildirim süreleri yönünden değişik görüşlerin ileri sürüldüğü, pek görülmemiştir. Sözü edilen iş kanunlarında ve 4857 sayılı İşK.'nda bildirim süreleri, “işi altı aydan az sürmüştür olan işçi için ...” şeklinde ve işi sürmüştür olmasının, iş ilişkisinin (iş sözleşmesinin) devam ettiği süreyi belirten bir anlam taşıdığı dışında yorumlandığına rastlanılmamıştır. İş sözleşmesinin devam ettiği sürenin esas alındığı halde, işçinin fiilen çalışıp çalışmadığının bir önemi yoktur; yasal ve sözleşmeye dayalı tatil, izin,

s. 420; F. Demir, İş Hukuku ve Uygulaması, 4. Bası, İzmir 2005, s. 285; K. Doğan Yenisey, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007, s. 95-96; aksi görüş H. Mollamahmutoglu, İş Hukuku, 2. Bası, Ankara 2005, s. 627-630; karşı. E. Akyiğit, İş Hukuku, 4. Bası, Ankara 2005, s. 254.

²³ Yarg. Kararı dipnot (21).

²⁴ Yarg. Kararı dipnot (21).

²⁵ Yargıtay Kararı dipnot (21).

askıdan kalma süreleri, kanunda açık istisnalar getirilmedikçe, işçinin bildirim süresinin hesabında dikkate alınır. Bu nedenle kadın işçilerin gebelik veya doğum nedeniyle işe devam edemediği günler, bildirim sürelerinin belirlenmesinde göz önünde tutulması gerekir. Yüksek mahkemenin karara bağladığı gibi, incelediği uyuşmazlıkta, doğum izninde iken iş sözleşmesinin devam ettiği süre altı ayı aştığı için davacı işçinin iş sözleşmesinin bildirim sürelerine göre feshinde iki değil, dört haftalık bildirim süresinin uygulanması gerekir.

Kaldı ki, kadın işçinin cinsiyeti nedeniyle gebelik ve doğum halinde koruyucu hükümlere tabi olmaları ve belirtilen hallerde işe devamsızlıklarına yasal imkan tanınması, onların bu nedenle bildirim sürelerinin belirlenmesinde ya da kıdem tazminatlarının hesabında daha az sürelerin esas alınmasına neden olmamak gerekir. Aksine bir görüş ve işlem İşk.m.5 hükümlerine, iş şartlarının oluşturulması ve uygulanmasında cinsiyet ve gebelik nedeniyle bir ayırım yapılmasına (m.5/3) ve özel koruyucu hükümlerin daha düşük çalışma şartlarının uygulanmasına (m.5/5) neden olabilecek bir durum yaratır.

Aynı görüş ve esasları kıdem tazminatına esas alınacak süreler hakkında geçerli olur. Görüşümüz 931 sayılı İşK. ile “iş yılı” ölçütü terk edilip, bunun yerine işçinin işe başladığı tarihten iş sözleşmesinin bitimine kadar geçen takvim süresi kabul edilmiştir. Halen yürürlükte bulunan 1475 sayılı kanununun 14. maddesinde açıkça belirtildiği üzere işçinin “işe başladığı tarihten hizmet akdinin devam süresince” geçen kıdem süresi için kıdem tazminatı ödeneceği öngörüldüğünden (4857 sayılı K. gm. 6); kadın işçinin gebelik veya doğum nedeniyle işe devam edemediği günler dahil, işçinin fiilen çalışmadığı tüm süreler kıdem tazminatı hesabında göz önünde tutulur²⁶.

3. İş güvencesi uygulanma alanına giren kadın işçiler

a) Gebelik ve doğum halinin geçerli sebep sayılmayacağı

İş güvencesinin uygulama alanına giren işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinin geçerli bir sebebe dayanması gerekli olup, fesih bildiriminde böyle bir sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı takdirde yapılan fesih geçersiz sayılır. Kanunda geçerli sebepler soyut olarak belirlenirken, bazı hususların fesih için geçerli bir sebep sayılmayacağı da, 158 sayılı ILO sözleşmesinin gereği olarak İşK.m.18/3'de sayılmıştır. Bunlar arasında “hamilelik, doğum” da bulunmaktadır (m.18/3 d). İşçinin gebe kalmış olması ya da gebelik dolayısıyla rapor olarak işe devamsızlığı veya işçinin doğum yapması geçerli bir sebep oluşturmaz; işverenin aksi yönde işlem yaparak, belirtilen halleri saklayarak görünürde başka sebeplere dayalı şekilde iş sözleşmesini feshetmesi halinde kadın işçi, iş güvencesi hükümlerine göre feshin geçersizliği hakkında dava açabilir.

²⁶ Bkz. dipnot (22) ve gösterilen eserlerde verilen Yargıtay kararları.

b) Doğum izni ve diğer izinlerini kullandıktan sonra işe başlayan kadın işçiye iş değişikliği önerisi ve fesih

Yargıtay oldukça yeni, 23.06.2008 tarihli bir kararı ile doğum iznine ayrılan kadın işçiler hakkında, hukuki dayanakları ve vardığı sonuç itibariyle uygulamaya ışık tutacak ve emsal olacak görüşler açıklamıştır.

Uyuşmazlık konusu olayları, özet olarak vermeye çalışalım: İşyerinde yönetici pozisyonunda bulunan bir kadın işçi, “28.2.2006 tarihinde doğum, süt izni, ücretli izin ve 6 ay ücretsiz izin” kullandıktan sonra 1.3.2007 tarihinde işe başlamak üzere işyerine geldiğinde, daha önce çalıştığı yönetici pozisyonuna başka bir işçi getirildiği, bu nedenle yöneticilik pozisyonu dışında ve alt bir görevde geçici olarak çalışması İşK.m.22/1 uyarınca önerilmiştir. Kadın işçi bu öneriyi kabul etmediğini bildirmesi ve yönetici pozisyonunda çalıştırılması gerektiğini, kullandığı izinler sonucu işe döneceği belli olduğu halde yönetici pozisyonuna başka işçinin getirilmiş olmasının “aralarındaki çalışma barışını bozduğunu” bildirmiş, ancak işverenin önerdiği yeni işte çalışmasında ısrar etmesi ve istifa yolundaki baskılara dayanmadığı için işverenden ihbar ve kıdem tazminatının verilmesi suretiyle feshini talep etmiştir. “Davalı işveren, 2.4.2007 tarihli cevap yazısında 4857 sayılı İş Kanununun 18. maddesinde öngörülen koşullar gerçekleşmediği için iş sözleşmesini feshedemeyeceklerini, önerilen görevde çalışmak istemiyorsa iş sözleşmesini İş Kanununun 24/II maddesi uyarınca bildirimsiz ve fakat tazminatlı ya da aynı kanunun 17. maddesi gereğince istifa yolu ile sona erdirilebileceğini davacı işçiye ihtaren bildirmiştir. Davacıya aynı gün davalı şirket yetkilisi tarafından elektronik posta ile istifa dilekçesi örneği gönderilmiş, davacı bildirilen örneğe uygun olarak iş sözleşmesini feshettiğini açıklamıştır”²⁷. İşveren, işçiyi iş güvencesinden yoksun bırakmak üzere uyguladığı baskıda, işçiye hangi yoldan iş sözleşmesini feshetmesi gerektiğini bildirdiği gibi, fesih bildirim içeriğini dahi kendi yetkilisi tarafından kaleme alınmış olarak kadın işçiye göndermektedir. Kadın işçinin zorlandığı fesih yolunun, kararın girişinde, İşK.m.24/II’ye dayandırılan fesih olduğu açıklanmaktadır. Hemen belirtelim ki, Yargıtay olayın özelliğine ve delillerine göre, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin işverenin önerdiği yeni işte çalıştırmakta ısrarı ve kurulan baskı nedeniyle kadın işçinin değil, işveren tarafından feshedilmiş sayılacağını kabul etmesi ve buna göre sonuçlarını belirlemesi hukuken uygundur. Bu nedenle kadın işçinin süresi içinde açtığı iş güvencesi davası, yüksek mahkeme tarafından incelenmiştir. Aşağıda konuya tekrar değinilecektir.

Kararda ele alınan başka bir konu kadın işçiye doğum izninde bulunduğu sürede işyerinde uygulanan Mart 2006 enflasyon zammı ile 2007 yılında yapılan zammın verilmemiş olmasıdır ki, bu husustaki görüşümüzü açıklayacağız. Öncelikle kararda çözüme bağlanan konuları özelliklerine göre inceleyelim.

²⁷ Yarg. 9.HD, 23.6.2008, E.2007/41015, K.2008/17093, Kav, s. 249-252.

aa) Doğum izninin ve diğer izinlerin birbirine izler şeklinde kullanılması

İşK.m.74'e göre, "kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır" (İşK.m.74/1). "Bu süreler" işçinin sağlık durumuna ve işin özelliğine göre doğumdan önce ve sonra gerekirse artırılabilir" (m.74/2). Belirtilen maddelerde "doğum izni"nden söz edilmemekle beraber, Gebe Kadınlar Yönetmeliği'nin 11. maddesi "analık izni" başlığını taşımakta, Yargıtay kararlarında, bu arada incelenen 23.6.2008 tarihli kararda ve doktrinde bu hususta doğum izni" deyiimi kullanıldığı da görülmektedir²⁸. Bu çalışmada tarafımızdan da "doğum izni" sözcükleri kullanılırken "izin" sözcüğünün iş güvencesi, iş ilişkisine süreklilik sağlayan bir işleve sahip "askıda kalma" anlamı taşıdığını hemen belirtelim. Gebelik ve doğum halinde kadın işçinin işe devamsızlığına dayalı askıda kalma, her iki taraf için de geçerli olup, her şeyden önce süreli fesih hakkının kullanılmasında bildirim sürelerinin işlemesi söz konusu olamaz; fesih bildirim yapıldığında süreler, askıda kalma süresinin sonunda işlemeye başlar. Aynı etki, bildirim süresine ait ücretin peşin ödenmek suretiyle fesih işlemi yapılmak istenildiğinde, bu husustaki irade açıklaması da hükümlerini askıda kalma süresinin sonunda doğurur. Belirli süreli iş sözleşmesine göre çalışan kadın işçinin iş sözleşmesi de gebelik ve doğum nedeniyle işe devamsızlığında askıda kalır; ancak askıda kalma sözleşme süresinin işlemesine engel olmaz. Bu nedenle örneğin 16 haftalık doğum iznine hakkı bulunan kadın işçi, izne ayrıldıktan yedi hafta sonra sözleşmesinin süresi dolmakta ise, sözleşme bu nedenle kendiliğinden son bulur, askıda kalma süresi, sözleşme süresinin uzamasında bir etki doğurmaz. Belirli süreli iş sözleşmesine göre doğum izninde bulunan ve sözleşmesi askıda kalan kadın işçinin iş sözleşmesi, haklı bir sebep olmaksızın işveren tarafından süresinin bitiminden önce feshedilmek istenirse, bu takdirde hukuka aykırı (haksız) olan böyle bir irade açıklamasının, askıda kalma dolayısıyla sonuç doğuramayacağını ve askıda kalma süresinin sonunda sözleşmeyi bozucu etkisini göstereceğinin kabul edilmesi gerekir. Burada belirsiz süreli iş sözleşmesinden farklı bir durum yoktur. Gerçekten belirsiz süreli iş sözleşmesine göre kadın işçi gebeliği veya doğum yapmasından ötürü işe devamsızlığı nedeniyle iş sözleşmesi askıda kaldığı sürede işveren bildirim süresine uymadan veya peşin ödeme yapmadan iş sözleşmesini feshettiğini bildirdiğinde (haksız fesih), bildirim sözleşmeyi sona erdirmek üzere hüküm doğurması için, haksız fesih olsa dahi, askıda kalma halinin sona ermesi gerekir.

İncelenen olayda yönetici pozisyonundaki kadın işçi doğum dolayısıyla işe devamsızlığa başladığı 28.2.2006 tarihinden itibaren işe başladığı 1.3.2007 tarihine kadar "doğum, süt izni, ücretli izin ve 6 ay ücretsiz izin kullanmıştır". Kararda kadın işçinin biri süt izni olmak üzere üst üste dört izin kullandığından söz

²⁸ Örneğin Yargıtayın dipnot (22) ve dipnot (27) deki kararları.

edilmekle beraber, süt izninin burada açıklanması uygun olmamıştır. Kadın işçiye İşK.m.74/6 uyarınca süt izni, bir yaşından küçük çocuklar için ve işyerinde doğumdan sonra çalışmaya başlaması halinde günlük çalışma süresi içinde kullanılır. Kadın işçi, doğum izni, 6 aylık ücretsiz ve yıllık izinlerini kullanırken, kendine ayrıca bir süt izni verilmesi söz konusu olamaz.

Yargıtay kararında kadın işçiye “doğum izni, ücretli izin ve 6 ay ücretsiz izin kullanıldığından söz edilmektedir. Bu sıralama İşK.m.74’de hükümlerine uygun değildir. Karar da sözü edilen ve kadın işçiye kullanıldığı belirtilen “ücretli iznin” yıllık ücretli izin olduğu düşünülmektedir. Uygulamada kadın işçinin 16 haftalık doğum iznini takiben çocuğun bakımı ve sağlığının korunması için bir süre daha çocuğun yanında kalması gerekli olduğunda hak ettiği ve henüz kullanmadığı yıllık izinlerden yararlanmak istediği bilinmektedir. İşverenler de çoğu kez, işçiye bu imkanı vermek suretiyle özellikle biriken izinlerin eritilmesine öncülük vermektedirler. Ne var ki, olayımızda olduğu gibi kadın işçi yıllık iznin kullanılmasını takiben, çocuğun bakımı için şartları sağlayamadığı takdirde, 6 aylık iznin kullanılmasını da talep etmektedir. Böyle bir durumun başka bir deyişle sıralamanın İşK.m.74 hükümlerine uygun olduğunu söylemek güçtür. Her şeyden önce İşK.m.74’de açıkça belirtildiği üzere “isteği halinde kadın işçiye, onaltı haftalık sürenin tamamlanmasından veya çoğul gebelik halinde onsekiz haftalık süreden sonra altı aya kadar ücretsiz izin verilir”. Görüldüğü üzere kadın işçi talep ettiğinde doğum izninin tamamlanmasından sonra kendisine altı aya ücretsiz izin verilir. Bunun amacı kadın işçiye çocuğunun bakımını gerekli şekilde sağlaması ve sağlığının korunması olup, her halde bir yaşa kadar olan süreyi, zorluklar ile karşılanmadan atlatabilmesidir. Bu nedenle doğum izninin tamamlanmasını takiben önce yıllık ücretli izin verilmesi ve talep gelirse arkadan ücretsiz izin aşamasına geçilmesi m.74/6 hükmünün açık sözüne ve amacına (özüne) uygun görülemez. Diğer yandan yıllık ücretli iznin amacı ile de bağdaşır nitelikte değildir. Yıllık ücretli izin işçiye, yıllık dönemlere göre, dinlenme olanağı sağlanması amacıyla ücreti de ödenmek şartıyla getirilen bir haktır. Oysa doğum iznini takiben yıllık ücretli izinde kadın işçinin, çocuğunun bakımı ve sağlığına korumak için çaba göstereceği sürede, yıllık izinde beklenen dinlenme, tekrar gücünü kazanarak işine dönme imkanı bulabileceği herhalde düşünülemez. Bu açıdan da doğum izninin tamamlanmasından sonra yıllık ücretli izin verilmesi değil, önce altı aylık ücretsiz kullanılmasıyla çocuğun doğumunu takip eden ilk sekiz aylık sürede zamanın çocuğu ayrılmasıyla doğum sonrası sorunlar ve güçlükler atlatılmış olacaktır. İşverenin kadın işçiyi gözetme borcunun da böyle bir uygulamayı gerektirdiğini söylemek de yanlış olmayacaktır. Sonuç olarak, kararda yazılı sıraya, olaya özelliğine göre belirtilmiş ise, doğum iznini takiben önce yıllık ücretli izin ve arkadan altı aylık ücretsiz izin verilmesi, hukuken uygun değildir. İşçi böyle bir sıralamaya göre talepte bulunduğu, işverenin işçiye doğum izninden sonra ücretsiz izni kullanabileceğini, önce yıllık ücretli kullanıp da arkadan ücretsiz izin talebinin

İşK.m.74/1' aykırı olacağını, eğer işçi altı aylık iznini kullanmayı düşünüyorsa doğum izninin tamamlanmasından sonra bu hakkın kullanılabileceğini hatırlatması ve bu hususta bilgilendirmesi gerekir. Yargıtayın kararda açıklanan görüşünün de, İşK.m.74/5'e uygun olarak doğum izni olan 16 haftalık (çoğul gebelik halinde 18 hafta) süresinin tamamlandıktan sonra altı aya kadar ücretsiz verileceği şöyle belirtilmektedir: "1475 sayılı İş Kanununun 74. Maddesinde kadın işçilerin doğumdan önce sekiz hafta ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam 16 haftalık süre için çalıştırılmamalarının esas olduğu, çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre ekleneceği, isteği halinde kadın işçiye belirtilen izinlerin bitiminden sonra ayrıca 6 aylık ücretsiz izin verileceği düzenlenmiştir"²⁹.

c) Doğum izni sonrası işe başlayan kadın işçinin işinin değiştirilmesinin ve iş sözleşmesinin feshine zorlanmasının geçerli sebebe dayanmaması-farklı işlem yapılması

Yüksek mahkeme yine 23.6.2008 tarihli kararında, işverenin işçinin doğum izninden sonra altı aylık ücretsiz izni ile yıllık ücretli iznini kullandığı sürenin uzun olması nedeniyle, kadın işçinin yerine başka bir işçiyi sürekli istihdam etmek zorunda kaldığını açıklamasını, bunun sonucu işe başlayan kadın işçiye yönetici pozisyonundan daha alt düzeyde iş önermesini ve İşK.m.22/1 hükümlerini bertaraf edecek şekilde işçiyi iş sözleşmesini feshetmeye zorlamasını, doğum yapan ve kendisine tanınan izin haklarını kullanan kadın işçi yönünden bir ayırım oluşturduğunu İşK.m.5 hükümleri yanında AB normları ile de bağlantı olarak ve isabetli şekilde açıklamaktadır.

Kadın işçinin de ileri sürdüğü gibi, işverenin doğum için ayrılan işçinin uzun süre işe devamsızlığı nedeniyle onun yerine dışarıdan başka bir işçi ile sürekli iş ilişkisini kurmasının, doğum dolayısıyla farklı bir işlem yapıldığını göstermektedir. Oysa yüksek mahkemece açıklandığı üzere doğum için ayrılan yönetici pozisyonundaki kadın işçinin yerine dışarıdan belirli süreli iş sözleşmesi ile geçici bir işçi alınabilir ya da işyerinde çalışan işçilerden ve uygun nitelikleri bulunan başka bir işçi görevlendirilebilirdi.

Diğer yandan doğuma bağlı olarak getirilen çalışma yasağı (doğum izni) dolayısıyla ise devamsızlık ve bunun tamamlanmasından sonra işçiye talebi halinde verilmesi zorunlu altı aya kadar ücretsiz izin, İşK.m.74'de kadın işçiye tanınmış bir haktır. İşverenin, kendi yetkisi dahilinde olan yıllık ücretli iznin kullanma zamanını doğum iznini takiben bizzat belirmesine rağmen doğum izninin uzunluğunu ileri sürmesi de iyiniyet kulları ile bağdaşmaz.

Yargıtay işverenin doğuma ayrılan kadın işçinin uzun süre işe devamsızlığını dayanak yaparak işçiyi iş değişikliğine ve işçinin iş sözleşmesinin feshine

²⁹ Dipnot (27) deki Yargıtay kararı

zorlanmasını İşK.m.5/1 ve 3 hükümlerine aykırılık oluşturduğu görüşünü AB'nin eşitlik ve ayırım yasağına ilişkin nomları ile de desteklemektedir. Kararda yer alan açıklamalara göre:

“İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği ilkesinin Uygulanmasına Dair 5 Temmuz 2006 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 2006/54/EC Sayılı Direktifi'nin 9. maddesinde kanunla veya anlaşmayla tanınan ve işveren tarafından ücreti ödenen doğum izni veya ailevi sebeplerden dolayı alınan izin dönemlerinde hakların iktisabını ve muhafazasını askıya alma ayırıcılık olarak değerlendirilmiştir. Aynı Direktifin 14/1-c maddesinde işten çıkarmalar ve ücret de dahil istihdam ve çalışma koşulları bakımından kamu ve özel sektörde cinsiyete dayalı olarak doğrudan veya dolaylı ayırıcılık yapılamayacağı belirtilmiş, “Analık (Doğum) İzninden Dönüş” başlıklı 15. maddesinde ise “doğum iznindeki bir kadının, doğum izninin bitiminden sonra işine veya eşdeğer bir pozisyona kendisi için dezavantajlı olmayan koşul ve şartlarda geri dönmeye ve çalışma koşullarında yokluğu sırasında yararlanmış olacağı her türlü iyileştirmeden yararlanmaya hakkı vardır” kuralına yer verilmiştir”³⁰.

Açıklanan bu dayanakları ve İşK.m.5/1 ve 3 hükümlerini de esas alarak yüksek mahkeme davacı kadın işçinin, doğum izinlerinden sonra, doğuma ayrılmadan önce gördüğü işte çalıştırılması gerektiği sonucuna varmaktadır. Bu açıdan yüksek mahkeme işverenin kullanılan izinlerin uzun olması nedeni ile yapılan reorganizasyon çalışmaları kapsamında doğum iznine ayrılan kadın işçinin yerine yönetici atandığını, yönetici olarak çalışacağı boş bir kadro oluşuncaya kadar “takım üyeliği” görevine geçici olarak verildiği görüşünü de kadın işçinin iş ilişkisinin ve çalışma şartlarının korunması ve bu hususta aleyhine değişiklik yapılmamasını öngören kanun hükümleri yönünden uygun görmemektedir. Gerçekten, işveren ileri sürdüğü gerekçelerde samimi olsaydı, reorganizasyon çalışmalarında doğum iznine ayrılan kadın işçinin “işine” sürekli yeni bir işçi almayı değil, geçici olarak bu göreve bir işçi getirileceği bir yolu kullanması ya da en azından reorganizasyon kapsamında yönetici pozisyonuna eşdeğer ve kadın işçinin niteliklerine uygun bir işte çalıştırılmasını sağlayacak önlemleri alması beklenirdi. Yüksek mahkemenin belirttiği gibi: “Davacı kadın işçinin doğum öncesi ve sonrası kullandığı yasal izinlerden dolayı ortaya çıkan işgücü açığının yeni bir işçiyi izin süresine bağlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırmak yahut işyeri personellerinden birini geçici olarak görevlendirmek suretiyle doldurulması mümkündür. Doğumdan kaynaklanan yasal izinlerini kullanmasını davacı kadın işçinin aleyhine çeviren söz konusu uygulama yukarıda belirtilen uluslararası ve ulusal mevzuatın kadın işçilerle ilgili koruyucu hükümlerine uygun düşmemektedir”³¹.

³⁰ Bkn. Dipnot (27) deki Yargıtay kararı.

³¹ Dipnot (27) de ki Yargıtay kararı.

Diğer yandan davalı işveren, doğum izninden dönerek işe başlayacak kadın işçinin iş değişikliğini İşK.m.22/1'ye uyarınca gerçekleştirmek istemiştir. Sözü edilen maddede işverene iş sözleşmesi veya bu nitelikteki kaynaklar ile belirlemiş çalışma şartlarında esaslı bir değişiklik yapabilme yetkisinin tanınmış olması, 4857 sayılı kanunun getirdiği yeniliklerden biridir. Ancak bu yetki karşısında işçi menfaatlerinin korunmuş olduğu da bir gerçektir. Bu açıdan işçinin çalışma şartlarında değişiklik geçerli bir sebebe dayandığında, iş ilişkisini yeni şartlara göre devam ettirmek ya da işverenin geçerli sebeple iş sözleşmesinin feshetmesi imkanı bulunduğunu göz önünde tutması gerekecektir. İşK.m.22 gerekçesinde belirtildiği ve Yargıtay kararında da tekrarlandığı üzere, İşK.m.22/1'de ki “düzenlemenin amacı belirli olumsuz koşulların varlığında, işçinin iş sözleşmesinin doğrudan feshedilmesi yerine, çalışma koşullarında değişiklikler yapılması yoluyla iş ilişkisinin sürdürülmesinin sağlanmasıdır”³². Yargıtay kararına konu olayda, yukarıda açıklandığı üzere, işçinin iş değişikliğini gerekli kılan geçerli bir sebep bulunmamaktadır. Aksine işveren, doğumdan kaynaklanan izinlerin kullanılmasını kadın işçi aleyhine çeviren ve ayrımcılık oluşturan bir uygulama ile iş değişikliğine gitmektedir. İşK.m.22/1 hükmüne göre, davalı işveren yazılı olarak iş değişikliğini bildirdiğinde, davacı kadın işçi değişiklik önerisini altı işgünü içinde yazılı olarak kabul etmediğini bildirmiş bulunduğu göre, işverenin iş değişikliği davacı kadın işçiyi bağlamaz. Bunun sonucu işveren, kadın işçiyi önceki işinde çalıştırmakla yükümlü olur. İşte burada uygulama açısından yeni bir durum ortaya çıkmaktadır: Kadın işçi doğuma ayrıldığında yürütmekte olduğu “yönetici pozisyonunda” çalıştırılma hakkını sürdürmekte iken, davalı işveren onu değiştirmek istediği yeni işte, yönetici pozisyonu olmayan ve daha düşük düzeydeki işte çalıştırmakta ısrar ederse ve bu hususta kesin olarak direnirse, bu davranışının iş sözleşmesinin feshi anlamı taşıdığı bir kuşku olmamak gerekir. Yüksek mahkemenin işaret ettiği gibi, davalı işverenin kadın işçiyi değiştirdiği işte çalışmaya zorlaması ve baskı kullanarak onun İşK.m.24/II'ye dayalı bir fesih yoluna gitmeye yönlendirmesinin bir etkisi olmaz. İşverenin iş değişikliği, işçi tarafından kabul edilmemekle beraber, işverenin feshi yönünden geçerli bir sebep oluştursaydı; işçinin feshin sonuçlarına katlanması gerekirdi. Oysa dava konusu olayda işveren yönünden geçerli bir sebep oluşturan bir olgu bulunmadığı bilincinde olan işveren geçerli sebep bulunmadığını davacı kadın işçiyi gönderdiği yazıda açıklamakta ve ondan iş sözleşmesinin İşK.m.24/II'ye göre feshini talep etmek gibi, hukuken hiçbir suretle kabul edilemeyecek bir yol izlemektedir. Davacı kadın işçi, işverenin davranışlarını, iş sözleşmesinin geçerli bir sebep olmadan feshi niteliğinde olduğunu belirterek açtığı iş güvencesi davası sonucunda, yüksek mahkeme isabetli olarak feshi geçersiz saymak suretiyle işverenin bunun sonuçlarına göre işlem yapması yolunda karar

³² Bkz. MESS, Bilim Komisyonu Tarafından Hazırlanan, İş Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi, Yayın No. 386, İstanbul 2002, s. 80-81.

vermiş bulunmaktadır. Bu son konuya ilişkin kararda yer alan görüşlerin aynen açıklamasının, bundan sonraki uygulamalarına ışık tutması açısından yararlı olacağını düşünmekteyiz. Yüksek mahkemeye göre: “Çalışma koşullarında yapılmak istenen değişiklik, onu kabul etmeyen işçiyi bağlamaz. Davacı işçi önerilen işte çalışmayacağını belirtmesine rağmen davalının önceki işte çalıştırmayacağını açıklaması iş sözleşmesinin davalı işverence eylemli olarak feshedildiği anlamında yorumlanmalıdır. Davacının daha sonra verdiği istifa dilekçesi feshin davalı işverence yapıldığı gerçeğini değiştiremez. Kaldı ki, davalı işverenin çalışma koşullarında değişiklikte ısrar ederek; elektronik posta ile istifa metnini gönderip, davacıdan iş sözleşmesini İş Kanununun 24. maddesi gereğince feshetmesini istemesi, onu ihbar tazminatından ve en önemlisi de iş güvencesi hükümlerinden mahrum etmeye yönelik haksız bir davranıştır. Davalı işverenin iş ilişkisinin devam etmesini amaçlamadığı anlaşılmaktadır. Böyle bir baskı altında verilen istifa dilekçesinin serbest irade ürünü olduğu kabul edilemez. Davacı da istifa dilekçesinin baskı altında verdiğini ileri sürmüştür. Dosya içeriği söz konusu iddiayı doğrular niteliktedir. Mevcut maddi ve hukuki olgulara göre iş sözleşmesinin davalı işverence feshedildiği, feshin geçerli bir nedene dayanmadığı anlaşılmaktadır. Davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile reddi hatalı olmuştur”³³. Ekleyelim ki Yargıtay, işçinin işverence işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarı “fesih nedeni ve kıdemi dikkate alarak 6 aylık ücret olarak” belirlemiştir.

IV. Gebelik ve Doğum Dolayısıyla İş Sözleşmesi Askıda Kalan Kadın İşçinin Bu Süre İçinde ve İşe Başladığında Çalışma Şartlarının İyileştirilmesinden Yararlanabilmesi

Genel olarak iş sözleşmesinin askıda kalma halinde işçinin ve işverenin iş sözleşmesinden doğan temel borçları olan iş görme ve ücret ödeme borçları askıda kalır. Bunlar dışında bazı borçlarının, örneğin işverenin işçiyi gözetme, eşit işlem ya da işçinin sakat borçlarının da askıda kalmasının özüne uygun şekilde devam etmesi de söz konusu olabilir³⁴. Yüksek mahkemenin yukarıda incelenen kararı, davacı kadın işçinin iş sözleşmesinin feshi ve feshin geçersizliği talebi ile ilgili olduğundan, iş güvencesi konusu dışındaki işçilik haklarının bu dava kapsamında ileri sürülmesi ve talep edilmesi mümkün bulunmamaktaydı. Ancak iş güvencesi için açtığı davada doğum izninde kendisi hakkında ücret artışı yönünden bir ayırım yapıldığını da belirtmiş bulunmaktadır. Davacı işçi 28.2.2006 tarihinde doğum dolayısıyla izne

³³ Dipnot (27) deki Yargıtay kararı.

³⁴ İş Sözleşmesinin askıda kalması ile ilgili olarak bkz. Süzek, s. 423 vd.; S. Taşkent, Eyrenci/Taşkent/Ulucan, Bireysel İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2006, s. 149 vd.; Mollamahmutoglu, s. 449 vd.; M. Kılıçoğlu, İş Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara 2002, s. 247.

ayrılmış ve 1.3.2007 tarihinde işe başlamıştır. Davacı işyerinde Mart 2006 yılında uygulanan enflasyon zammından ve 2007 yılında yapılan zamdan, işe dönüş tarihi bilindiği halde belirtilen artışlardan yararlandırılmadığını ileri sürmüştür. İş sözleşmesinin askıda kaldığı dönemde ücret ödeme borcunun uygulanması kural olarak sözkonusu olmamakla beraber, bazı hallerde ve askıda kalma süresinde ödeneceği öngörülebilir. Böyle bir durum kanun (örneğin İşK.m.40) veya toplu iş sözleşmesi yahut iş sözleşmesi ile de öngörülebilir. Uygulamada toplu iş sözleşmeleri ile özellikle İşK.m.31’de öngörülen muvazzaf askerlik dışında manevra veya başka sebeple silah altına alınan işçilerin ücretlerinin (belirli oranda) ödeneceğinin kabul edildiği de görülmektedir.

İşçiye, askıda kalma süresinde ücret ödenmemekle beraber, ücret artışında meydana gelen değişiklikler, sözgelimi ücret artışından işçi, işe başladığı tarihte yararlanır, ücretin de çalışmakta olan işçiler kadar yükselmiş olur ve buna göre ödeme yapılır. İncelediğimiz olayda, işveren işe başlayan işçiye sözleşmesinin askıda kaldığı dönemde uygulanan 2006 yılı enflasyon artışı ve 2007 yılı ücret zamanı uygulamak suretiyle bulunan miktar üzerinden ödeme yapması gerekirdi. Yargıtay kararında dayanak alınan AB normunda belirtildiği üzere kadın işçi doğum izninde iken işyerinde yapılan ücret artışlarından ve daha geniş olarak çalışma şartlarındaki iyileştirilmelerden yararlandırılır, aksi yönde bir uygulama cinsiyet ve doğum (gebelik) yönünden bir ayırım teşkil eder. İşK.m.5/3 hükmü böyle bir uygulamayı gerekli kıldığı gibi, m.5/c da bu görüşü desteklemektedir: “İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz”. İşaret edelim ki, sözü edilen ücret artışları toplu iş sözleşmesi hükümlerince öngörülmüşse, sendika üyesi olmayan kadın işçinin bundan yararlanması mümkün olmaz.

Toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesi olsun, ücret dışındaki ek ödemeler, örneğin sosyal yardımlardaki artışlar da, doğum yapan kadın işe başladığında yeni miktarlara göre ödenecektir.

Önemli bir konu, yönetici pozisyonunda olan ve doğum iznine çıkan kadın işçiye İşk.m.49/4 kapsamında maktu aylık ücret sistemi uygulanmakta ise, işçiye sözü edilen fıkra hükümleri gereğince sadece doğumda çalışma yasağına ilişkin sürede, Sosyal Güvenlik Kurumunca ödenen geçici iş göremezlik ödeneğinin, aylık ücrete tamamlanması, aradaki farkın ödenmesine devam edilmesi gerekmektedir. Ödenen fark bir ücret olduğu için, bu arada kadın işçiye yapılacak fark ücretlerinde işyerinde o tarihlerde yapılan ücret zamlarının da eklenmesi gereklidir.

Yargıtayın incelediği olayda, doğum iznine çıkan kadın işçiye, doğum izninden sonra yıllık ücretli izin verildiğinde, yıllık iznini kullandığı dönemden önce ve izin kullanılırken işyerinde ücret artışı yapılmışsa, yıllık iznini kullanırken kendisine ödenecek ücret miktarında artışların da dikkate alınması gerekir.

V. Gebelik ve Doğum Halinin Haklı Sebep Sebeple Derhal Fesihte Korunması

İşK'nun da kadın işçinin gebelik veya doğum dolayısıyla işe devamsızlığı, belirli süreyi aştıktan sonra haklı sebep kabul edilmiş, bu süre hastalık ve kaza haline göre daha uzun tutularak kadın işçiler için pozitif bir ayırımcılığa gidilmiştir (İşK.m.25/I b). İşK'na göre m.25/I a da sayılanlar dışında hastalık ya da kaza halleri gibi, doğum ve gebelik hallerinde işe devamsızlıkta işveren yönünden iş sözleşmelerinin bildirimsiz (derhal) fesih hakkı, gebelik ve doğumdan dolayı işe devamsızlığın kadın işçinin işyerindeki çalışma süresine göre İşK.m.17'de öngörülen bildirim sürelerini altı aşmasından sonra doğar ve bu süre gebelik ve doğum hallerinde 74. maddedeki sürelerin bitiminde başlar (İşK.m.25/I b). Gerçi 74. maddede 16 haftalık (çoğul gebelikte 18 haftalık) sürenin doğumdan önce ve sonra olarak kadın işçinin doğum yapmasına göre belirlenmiştir; ancak kadın işçi doğum halinden önce gebeliğinin yeni başladığı aylarda gebelikten kaynaklanan bir nedenle, bu arada gebelikle ilgili bir hastalık dolayısıyla işe devam edemediği takdirde yine 74. maddede öngörülen süreden (16 hafta-18 hafta) yararlanacak, buna bildirim süresi ve altı hafta eklenecektir. İşveren yönünden fesih hakkının doğumu için beklenmesi öngörülen sürenin geçmesiyle derhal fesih hakkı doğar. Sürenin dolmasına rağmen işe devamsızlık devam ettiği sürece, işveren için derhal fesih hakkının kullanılması mümkündür ve fesih hakkının kullanımı kadın işçinin işe başlamasına kadar devam eder. İşe başladıktan sonra gebelik veya doğumdan ötürü derhal fesih hakkı kullanılamaz.

VI. Gebelik ve Doğum Nedeniyle İşe Devamsızlıkta Sendikal Haklardan Yararlanma

Kadın işçinin gebelik ve doğum nedeniyle işe devam edemediği sürede, iş sözleşmesi askıda kalmış olsa dahi, iş sözleşmesine dayalı ilişki devam ettiği için, işçi sendikasına üye olabilirler ya da isterlerse üyelikten ayrılabilirler. Sendika ile üyelik ilişkisi kurulursa ya da daha önce üyeliği gerçekleştirilmişse, sendika aralarındaki ilişkiden doğan hak ve yükümlülük işlemeye devam eder, askıya alınması söz konusu olmaz. Üyelik ilişkisinde hak ve borçların askıya alınması sadece askerlik görevini ifa eden erkek işçiler için geçerlidir (2821 sayılı Kanun m.24/3).

Gebelik veya doğum nedeniyle işe devam edemeyen ve iş sözleşmeleri askıda kalan işçilerin, daha önce yararlıkları bir toplu iş sözleşmesi varsa, askıda kalmanın sözleşmeden yararlanma imkanı veren haklarından yararlanabilir, yükümlülüklere uymakla zorunlu tutulabilirler. Örneğin, doğumda çalışması yasak olan kadın işçiye, iş sözleşmesiyle belirlenen ücretinin ödenmediği hallerde, toplu iş sözleşmesiyle yükseltilmiş ücret miktarının da bu kapsam olacağı açıktır. Ancak yukarıda açıklandığı üzere, kadın işçi maktu aylık ücret almakta ise, geçici iş göremezliğinin almakta olduğu ücrete tamamlanmasında ödenen ücret farkında toplu iş

sözleşmesine göre yapılan ücret artışları da göz önünde tutulur. Toplu iş sözleşmesinde doğum (analık) halinde belirli yardımı yapılacağı öngörüldüğünde, bunların da kadın işçiye ödenmesi gerekir.

Toplu iş sözleşmeler ile gebelik ve doğum haline ilişkin işçi yararına düzenlemeler getirilmesi de mümkündür. Ancak mutlak emredici hükümlerin işçi veya işveren yararına değiştirilmesine hukuken imkan bulunmamaktadır. Örneğin gebelik ve doğumdan kaynaklanan, sözelimi uzun doğum izninin kullanılması gibi geçerli olmayan bir sebeple iş sözleşmesinin feshinde işçiye oniki aylık ücret tutarında tazminat ödeneceğinin sözleşmeler ile kararlaştırılmasına imkan yoktur, sözleşme hükümleri geçersizdir (İşK.m.21/6).

Kadın işçi, gebelik veya doğum nedeniyle işe devamsız olduğu günlerde, fiilen çalışma olmadığı için greve katılması söz konusu olamaz. Ancak çalışmaya engel olan durumun sonunda greve katılıp katılmamaya karar verebilir. Kadın işçi, işe başlayacak durumu geldiğinde greve katılacağını işverene bildirmek suretiyle bu hakkını kullanabilir; aksi halde çalışmaya başladıktan sonra greve katılamaz³⁵

³⁵ Bkz. Ü. Narmanlıoğlu, İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İzmir 2001, s. 691.

